

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

A propos de la "propriété" du dossier médical...

Poullet, Yves

Published in:
Eigendom = Propriété

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1996, A propos de la "propriété" du dossier médical... quelques considérations autour des notions de propriété, droits subjectifs et intérêts. Dans *Eigendom = Propriété*. La Chartre, Brugge, p. 301-319.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

A propos de la "propriété" du dossier médical...

Quelques considérations autour des notions de propriété, droits subjectifs et intérêts

par

Yves POULLET*

Professeur ordinaire aux F.U.N.D.P.

Directeur du C.R.I.D.

Objet de l'exposé

1. L'article L. 145-6 du Code français de santé publique introduit par l'article 77 de la loi n° 94.43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale dispose :

"Dans l'intérêt de la santé publique, aux fins de favoriser la qualité, la coordination et la continuité des soins, il est institué un dossier de soins médical¹. Ce dossier, propriété du patient, est couvert par le secret médical. Le patient a accès aux informations médicales contenues dans le dossier par l'intermédiaire d'un médecin qui les porte à sa connaissance dans le respect des règles déontologiques."

Le décret n° 95.233 du 1^{er} mars 1995 précise le contenu, les modalités de la tenue du dossier en même temps que du carnet médical, sorte de résumé

* Nous tenons à remercier Mr D. MOREAU, chercheur aux FUNDP pour ses suggestions, remarques et réflexions.

1. La définition suivante du dossier médical peut être proposée : "Le dossier médical est un outil de travail (aide-mémoire), un outil de recherche (art. 43 du Code de déontologie), une garantie de qualité et de continuité des soins, et un instrument en vue d'éviter la répétition d'examen médicaux." La proposition de loi HANCKE (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1365/I du 19 juin, S.O. 1984-1985; et *Doc. parl.*, Chambre, n° 108/I du 16 janvier 1986, S.O. 1985-1986 et *Doc. parl.*, Chambre, n° 287/I du 15 mars 1988, S.E. 1988), concernant le droit du patient de prendre connaissance des données des dossiers médicaux constitués à son sujet retient la séparation entre données objectives et données subjectives (voir Civ. Bruxelles, 7 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 458). Les "données objectives" sont celles qui "peuvent être contrôlées ou constatées de façon objective (examen, clinique, examens de laboratoires, tests, protocoles et rapports des autres médecins...). Par notes de travail personnelles, il faut entendre "les considérations provisoires, les impressions, les données que le médecin a notées en vue de l'établissement d'un diagnostic, le pronostic et la méthode de traitement". Comp. Civ. Bruxelles 18 janv. 1991, *R.G.A.R.*, 1992, 11905 qui considère comme données objectives l'intégralité du dossier — notamment radiographies, protocoles médicaux mais également notes des médecins suite à des consultations médicales. Cette proposition énumère quatre fonctions utilitaires du dossier médical : maîtrise des coûts, continuité des soins, médecine de qualité, recherche (hôpitaux universitaires). Sur cette notion délicate, lire également K. SCHUYTSER "Eigendomsrecht in medische dossiers", *R.W.*, 1989-1990, p. 3023-3025.

portable du dossier de soins médical et dont la "carte santé"² constitue déjà la traduction électronique dans certains coins de l'hexagone comme chez nous³.

2. Notre propos est, à l'occasion de l'examen de l'article L. 145.6, d'examiner l'exacte signification de ladite "propriété" du dossier médical, en particulier les liens reconnus de cette propriété avec, d'une part, le secret médical et, d'autre part, le "droit d'accès" consacré par les législations dites de protection des données où, selon le titre de la loi française du 21 janvier 1978, de protection des libertés individuelles et publiques face aux traitements de données nominatives.

"Propriété", "secret médical", "libertés de l'individu", étrange cocktail de concepts juridiques à propos de ce qui paraît le plus essentiel à nombre d'entre nous, la santé.

1. L'"introuvable" propriété des données médicales : du droit de disposition au droit de protection

A. La thèse

3. L'utilisation par la loi française des termes "propriété du dossier médical" surprend peu; elle apparaît comme une conséquence du principe de l'indisponibilité du corps humain⁴. Le raisonnement est linéaire. L'indisponibilité du corps humain, selon la doctrine classique, se traduit par la

2. A cet égard, la "carte santé" apparaît comme la consécration suprême de la réappropriation par le patient de ses données médicales : le voilà désormais physiquement "porteur" de son dossier médical. Sur la "carte santé", lire :

— T. NGUYEN et alii, *La santé informatisée. Carte santé et questions éthiques*, De Boeck, Bruxelles, mai 1995;

— Sophie LOUVEAUX, (sous la direction d'Yves POUTELLE), "Application de la directive relative à la protection des données à caractère personnel à un projet de cartes santé", Novembre 1996, à paraître;

— "Les conditions d'acceptation de la carte-santé", Rapport du W.G. 5 de l'action concertée "Ami-Eurocards" de la Commission européenne, rapport remis à la Commission, le 2 avril 1996, à paraître.

3. De manière générale, sur la carte santé, le lecteur se réfèrera aux ouvrages suivants : A. PERMET, H. DOARE, O. RIENHOFF (éd.), *Healthcare Card Systems. Eurocards concerted Actions, Results and Recommendations*, IOS Press, Amsterdam, 1995 et C.O. KOHLER, O. RIENHOFF, O.P. SCHIFFER, *Health Cards '95*, IOS Press, Amsterdam, 1995.

4. A ce propos en particulier, l'expérience "Hemacard" menée par la Cellule Interdisciplinaire du Technology Assessment (CTA) des FUNDP menée sur le site des Cliniques de Mont-Godinne (service hématologie). Cette expérience a été présentée lors d'un colloque tenu à Namur le 4 mai 1995 et organisée par la Cellule Interfacultaire de Technology Assessment.

Pour une analyse de cette carte, N. T. NGUYEN et alii, *Benefits and Risk Assessment of Computerized Health Cards : A case study*, in BERLUR J. (ed.), *Facing the challenge of risk and vulnerability in an information society*, North Holland, p. 153 et s.; cfr. également Nam Tien NGUYEN, G. FAUREZ, D. DUBRG, *La santé informatisée. Carte santé et questions éthiques*, De Boeck, Bruxelles, 1995.

propriété du corps⁵, en d'autres termes par l'absolue maîtrise par le patient de sa santé, tout acte médical nécessitant le consentement exprès de ce dernier. Affirmer la "propriété" du patient à propos de sa santé implique qu'il peut disposer des données médicales le concernant, ces données n'étant jamais qu'un reflet, l'objectivation, la mise en forme, le prolongement "artificiel"⁶ de la personne au-delà de son corps dit "propre".

Toute donnée nominative représente l'image de la personne, "image" qui permettra à autrui d'agir vis-à-vis d'elle. Dans la mesure où le principe d'indisponibilité du corps requiert l'absolue maîtrise par le patient de sa santé, il implique pour le patient l'appartenance-maîtrise absolue des données de santé et dès lors de leur support matériel ou électronique⁸.

C'est sur base d'un tel raisonnement que certains auteurs⁹ affirmaient du droit de propriété du patient sur son dossier même s'ils restreignent le libre usage par ce dernier des données médicales. La loi française consacre le point de vue.

5. Cfr. par exemple, parmi beaucoup, la déclaration de M^r PENEAU, auteur en 1908 d'un premiers ouvrages de droit médical français (*Éléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*, Paris, 1908, pp. 271-272) : "Chacun possède sur sa propre personne, droit exclusif et spécial opposable à tous, comme une sorte de droit de propriété de son être. Nul n'a le droit d'y porter atteinte, lui ce pour son bien, lui-même dans la meilleure intention du monde."

Sur cette "propriété du corps" et sa réputation, lire X. DUON, *Le sujet du droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse. Travaux de la Faculté de Droit de Namur 13, 1982, p. 662 et s., n° 971 et s.

6. Nous reviendrons plus loin (*infra*, n° 8) sur cette assertion qui justifie la création doctrinale de la notion de "contrat médical" qui repose précisément sur une "patrimoniale" des relations entre le patient et sa santé.

A ce propos, la phrase significative de SAVATIER (in "Défense et illustration du droit médical", A.P.D., 1953-1954, p. 128) : "Pour le juriste, les relations entre médecin et malade (doivent se construire) sur l'idée que le malade est maître de sa santé et qu'il peut par un contrat librement consenti, qu'il confère au médecin des pouvoirs sur sa personne". Cfr. également en doctrine belge, J.-L. FAGOTTE (Cass., 4 octobre 1973, J.T., 1974, 296) : "On ne peut admettre la thèse qui abandonne un médecin le pouvoir de décider, sans en recueillir le consentement du malade. Cette thèse est contraire aux principes qui garantissent à tout individu, même malade, le droit à l'intégrité physique et à la liberté personnelle".

7. "Artificiel", puisque la révélation de l'information médicale supposera, comme la révélation de l'image photographique, le recours à un média : à un artificiel (l'appareil photographique, le développement de la plaque de l'appareil de rayons X, le développement).

8. Ainsi, dira-t-on, la carte électronique de santé renforce l'appropriation par le patient de sa santé : désormais le voilà porteur de son dossier médical.

9. X. RIJCKMANS, R. VAN DE PUT, *Les droits et obligations des médecins*, 2^e éd., n° 28; PRINTZ, *La carte-patient : catalyseur de changements dans la relation médecin-patient. Une approche juridique*, document de travail, Namur, 1992, p. 5.

4. L'expression légale apparaît dès lors choisie à dessein : elle entend tirer des caractéristiques du droit de propriété leur plein sens :

- *droit réel* : le droit de propriété n'inclut-il pas des prérogatives directes et immédiates sur le bien, objet de ce droit, à savoir les données médicales : celles de les dévoiler ou de ne pas les dévoiler, celles, une fois dévoilées, d'en autoriser ou d'en refuser la communication...? Si de telles données sont confiées à un médecin, ne faut-il pas y voir, selon l'expression de certains auteurs, une sorte de transfert "fiduciaire" à charge, à la première demande du patient¹⁰, d'en permettre l'accès voire d'en restituer le support.
- *droit exclusif*, le droit de propriété n'impose-t-il pas aux tiers, ceux situés en dehors de la relation médicale un devoir d'abstention, devoir qui ne serait rien d'autre que le complément du devoir du médecin-confident de ne pas autoriser cet accès à des tiers aux données du patient.. Ainsi le droit de propriété du patient sur ses données médicales justifierait le secret médical dans le même temps qu'il serait conforté par ce devoir d'ordre public.
- *droit absolu*, le droit de propriété s'entend du droit de détruire les données et leur support. Un tel droit permettrait la destruction du support, ou la remise du support à un autre médecin lorsque le premier n'a plus la confiance du patient.

Ainsi, "propriété", "droit d'accès" et "secret médical" loin d'être des concepts étrangers l'un à l'autre, nourrissent entre eux des liens logiques et ensemble confortent ce qui est présenté comme la valeur suprême : la liberté du sujet de disposer de lui-même. En ce sens, la "propriété" par le patient de ses données, "même comme simple affirmation symbolique, permet au malade à la fois de se protéger et de disposer davantage de lui-même"¹¹.

10. A ce propos, les réflexions de Y. PIGNY, article cité, p. 6 : "Le patient transfère son dossier en propriété au médecin à charge pour lui d'en gérer les fonctions multiformes au profit du bénéficiaire de la fiduciaire (le patient)".

L'auteur se réfère notamment aux assertions de R. GLANICAN, in I. CORBISSIER, "Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique", R.G.A.R., 1990, n° 11682-9.

La nature fiduciaire de la relation entre le patient et le médecin est affirmée par la loi américaine. Le "Fair Health Information Practice Act" de 1995 consacre en effet le concept de "Health Information Trustee" développé par la jurisprudence. A ce propos, lire P. BRUMMING, *Health Cards in the United States : Legal Considerations*, in *Health Cards '95*, op. cit., p. 130 et 131.

11. Nous paraphrasons ainsi les réflexions de X. DUON à propos du "contrat médical" (*Le sujet de droit en son corps; une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 13, 1982, p. 511). Nous reviendrons sur la critique que X. DUON adresse à cette notion de "contrat médical" et qui inspirera nos propres critiques de la notion de propriété.

B. La réfutation de la thèse : du droit de disposition au droit de production

a) L'absence d'un droit de propriété sur le corps

5. Pour séduisante qu'elle soit, la thèse ne convainc pas. "Si le patient est propriétaire de son dossier, il doit pouvoir décider de l'utiliser ou non et pouvoir prendre connaissance librement de son contenu¹². Or ce dossier étant codé, il ne pourra en avoir une connaissance exhaustive effective"¹³. H. Nijss¹⁴ ajoute "Néanmoins, le droit de propriété ne constitue pas un argument solide pour accorder au patient le droit de consulter les données médicales qui le concernent. En règle générale, le dossier médical n'est pas en sa possession. Vu que ce dossier est un bien meuble, possession vaut titre. Mais également au niveau du principe, il est sans espoir de se baser sur le droit de propriété pour apporter une réponse à cette question. Aussi bien, le patient qui a mis certains documents à disposition et que les données concernent, que le médecin a pris des notes, a rassemblé des documents et peut être a fourni le support d'informations, que l'hôpital chargé de la conservation du dossier sont d'une manière ou d'une autre propriétaire du dossier".

A ces premières critiques¹⁵, s'ajoute plus fondamentalement l'objection selon laquelle la législation elle-même¹⁶ interdit toute patrimonialisation du corps humain¹⁷ et dès lors des données relatives à celui-ci¹⁸. Peut-on dès lors

12. Dans le même sens, K. SCHUYSER, op. cit., p. 3028, X. RUCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT, op. cit., I, n° 232 : "Si le dossier médical appartient en principe au patient, celui-ci n'est cependant en droit d'exiger la remise de son dossier complet. Celui-ci n'appartient pas toujours, tout entier, au médecin.

13. *Le cadre juridique des données médicales, propriété et confidentialité*, Rev. Alain Bensoussan, *Hermès*, 1995, 2, n° 3, p. 210.

14. H. NIS, *La médecine et le droit*, Kluwer, Bruxelles, 1995, n° 1013. Cf. également la position semblable du Conseil national de l'Ordre des médecins. *Bull. off. Com. Nat.*, 1994, n° 63, p. 30.

15. L'article paru à la *Revue Alain Bensoussan* cité supra, note 11, se réfère également au fait que le dossier médical constitue une banque de données qui peut faire l'objet de droit propriété intellectuelle réservé à l'auteur, l'auteur n'étant certainement pas le patient mais le médecin voire l'équipe médicale qui suit le patient (cf. art. cité p. 218 et s.). Nous n'approfondirons pas ce thème.

16. Nous nous référons ici à la seule législation française.

17. Ainsi l'article 16.1 du Code civil édicte par la loi du 29 juillet 1994 stipule : "Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial" (cf. également l'article 16.6 du Code civil qui édicte une disposition semblable en matière d'expérimentation médicale prohibant toute rémunération).

18. Quatre avis du Comité d'éthique français (avis n° 21 du 13.12.1990, sur la non commercialisation du corps humain; avis n° 27 du 2.12.1991 sur la non commercialisation du génome humain; avis n° 28 du 2.12.1991 sur la transfusion sanguine; avis n° 45 du 1.1.1994 sur la transmission de l'information scientifique affinent sur base des principes de non-patrimonialisation et d'indisponibilité du corps humain, la non-patrimonialité de l'information médicale.

parler de propriété si l'essence même du droit de propriété, à savoir le droit de disposer des données médicales n'est pas acquis au patient¹⁹ ?

6. Comment expliquer dès lors cette référence au droit de propriété ? X. Dijon²⁰ cite à raison le passage de del Vecchio : "La tentative qui a été faite d'expliquer le droit sur son propre corps en le ramenant à un droit de propriété se fonde (...) sur une illusion : savoir, sur la croyance naïve que le rapport qui existe entre le propriétaire et sa chose est quelque chose de plus simple et de plus évident par lui-même que ne l'est cet autre rapport, suivant lequel chacun de nous se sent naturellement maître et seigneur de son propre corps. La vérité est, au contraire, que nous ne pouvons expliquer l'essence intime du droit de propriété que par une sorte d'analogie, modulée sur cette première et naturelle certitude de l'appartenance immédiate de notre corps à nous-mêmes"²¹.

b. De la propriété du droit d'accès

7. La lecture attentive de l'article L. 145.6 du Code français apporte à l'utilisation du mot "propriété, une justification plus pragmatique : "Ce dossier, *propriété* du patient, est couvert par le secret médical. Le patient a *accès* aux informations médicales"²². Le rapprochement des notions de "propriété" et "droit d'accès" témoigne de la volonté, en imposant la transparence des données médicales vis-à-vis du patient, de renforcer la maîtrise par ce dernier de sa propre santé : le patient grâce, au droit d'accès, se "réapproprie" l'information qui le concerne²³.

19. Certes, dira-t-on, un bien peut être frappé d'inaliénabilité ou d'indisponibilité sans que l'on remette en cause la propriété de ce bien mais on sait que ces clauses sont toujours limitées. Ici l'inaliénabilité est de l'essence même de la soi-disante propriété.

20. X. DIJON, *op. cit.*, p. 664.

21. DEL VECCHIO, "Essai sur les principes généraux du droit", *Rev. Crit. de Législation et de Jur.*, 1925, pp. 188-189.

Cfr. également à propos de la même idée, les autres auteurs cités par X. DIJON, *op. cit.*, *cod. loc.*. Plus récemment, les conclusions de l'ouvrage de P. DUBOIS (*Le physique de la personne*, thèse, Paris, Economica, 1986, p. 335) : "C'est encore poser d'une autre manière la question des rapports de l'homme avec son corps et avec les forces génériques qu'il renferme : lui dénier ou lui reconnaître toute liberté, être son corps, ou avoir son corps".

22. A cet égard de manière très nette, R. DALLQ, "La responsabilité médicale", *T.P.R.*, 1974, p. 362. A noter que l'auteur dans un article plus récent (*Expertise civiles et secret professionnel des médecins des médecins*, in *Liber Memoriam Prof. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, 502) nie cependant que cette "réappropriation" au sens commun du terme puisse amener la qualification juridique de "propriété" par le patient de son dossier. En faveur d'un certain droit de propriété du patient sur "son" dossier, P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Némésis, 1985, p. 161 : "Le dossier médical appartient en principe au client".

23. ...droit d'accès qui s'exerce nécessairement selon la loi française par l'intermédiaire d'un médecin et non de manière directe.

8. Ce droit d'accès, consacré par la législation de protection des données²⁴ confond-il avec un droit de propriété, comme l'affirme le texte législatif français²⁵ ? Certes, en déduisant de la soi-disante "propriété" du dossier médical, un droit d'accès du patient à ses données, le législateur français emboîte le pas à la thèse célèbre de Catala²⁶ qui analyse le droit d'accès simplement comme un droit de propriété du moins comme une sorte de droit réel ou, droit de propriété intellectuelle de la personne aux données la concernant. P. là, le texte reçoit les mêmes critiques que celles adressées à cette thèse, dans mesure où il confond un "droit subjectif de disposition" et un "droit subjectif de protection", pour reprendre la distinction proposée par X. Dijon²⁷. La reconnaissance du "droit d'accès", en particulier l'accès aux données de santé, ne peut être interprétée sur le mode qui caractérise les droits patrimoniaux, il s'agit bien par cette prérogative du sujet de donner à la personne les moyens d'exercer sa liberté en s'informant de son état de santé. "A côté des droits patrimoniaux caractérisés par leur disponibilité maximale, il y aurait les droits de la personnalité à comprendre comme des "droits de protection"²⁸.

En Belgique, la même solution de l'accès indirect se déduit de l'article 7 de la loi du 16 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

24. "Het recht op geheim maakt deel uit van het recht op persoonlijke levenssfeer. Het voert een privacy bescherming voort in de wet". S. CALLENS, "Vragen bij de toepassing van de wet Verwerking Persoonsgegevens in de gezondheidszorg", *Rev. dr. Santé*, 1995 19 p. 10. S. Callens se réfère sur ce point aux écrits de Gevers et de Dumortier.

25. A cet égard, la réflexion de S. Callens à propos de l'assimilation du droit d'accès au droit de propriété par la loi française : "Dit is een vrij unieke en tevens verrassende bepaling omdat er in de rechtsleer een tendens bestaat om het gebruik van medische gegevens via het eigendomsrecht te regelen" (*Vragen bij de toepassing van de wet verwerking persoonsgegevens in de gezondheidszorg*, *Rev. dr. Santé*, 1995 p. 7 et les nombreuses références citées note 26).

26. P. CATALA, "Ébauche d'une théorie juridique de l'information" (1980) I, *Rev. prospectif*, p. 183.

Pour un aperçu de la thèse de CATALA et sa critique nous renvoyons le lecteur à notre article, *Le fondement du droit à la protection des données nominatives : "Propriété, liberté"*, *Actes du colloque de Montréal*, Larc. Paris, 1991, p. 175 et s.

27. C'est l'objet de la thèse de l'auteur déjà citée. Nous reviendrons sur les nuances qu'apportent à cette distinction MM. OST et RIGBOUX.

28. E. OST, *Droit et intérêt*, publication des I.U.S.A., n° 49, 1990, p. 122. "Aussi également, la déclaration de F. RIGBOUX (*La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1993 p. 767) : "Devant les biens de la personnalité, s'ouvre un champ infiniment plus vaste que celui qui lui est assés jusqu'ici. Il ne s'agit pas de doubler tous les droits patrimoniaux d'un cataplasme qui de droits de la personnalité, mais plutôt de réajuster dans leur ensemble les droits applicables à ces droits d'une manière qui prenne mieux en considération la dignité personnelle des agents juridiques privés".

9. Car c'est bien la "protection" du patient contre la toute puissance du médecin qui assure le droit d'accès. Il s'agit de condamner, sous certaines réserves²⁹, les agissements du corps médical qui garderait par devers lui, le "secret" de l'information médicale sans restituer au patient ce "secret" qui lui est dû³⁰. Il y va de la liberté du patient, c'est-à-dire de sa capacité d'autodétermination et, en définitive, de sa dignité³¹.

"Le droit du malade à l'information implique selon l'expression même de Mr Daleq³², le droit d'accès à son dossier". En d'autres termes, le droit de consultation du dossier médical ne constitue qu'une application particulière du droit à l'information du patient, droit indispensable pour assurer à ce dernier son droit à la libre détermination³³.

10. Une seconde conséquence de la création du dossier du suivi médical et de la détention du carnet médical par le patient est de conférer à ce dernier une plus grande liberté dans le choix du médecin consulté. L'article 145-7 qui suit l'article concernant le soi-disant droit de propriété du patient sur son dossier du suivi médical affirme bien cette liberté accrue du patient, qui, à la fois choisit le médecin chargé de la tenue du dossier, mais également peut décider à tout

moment d'en changer³⁴ : "dans ce cas, selon le texte de loi, le médecin (préalablement choisi) est tenu de transmettre au nouveau médecin chargé de la tenue du dossier l'intégralité des éléments y figurant". La détention du carnet médical assure de même une meilleure "appropriation" par le patient de sa santé dans la mesure où, portant sur lui les informations de base relatives à sa santé, le patient pourra facilement passer d'un médecin à l'autre sans devoir subir pour chaque médecin successif, les longs et coûteux interrogatoires, vérifications ou tests qui auraient été nécessaires en l'absence de ce résumé médical.

C. Des droits subjectifs nouveaux

11. La consécration de droits subjectifs nouveaux comme le droit d'accès, le choix du médecin responsable ou la correction des données auprès de tiers, droits qu'exprime maladroitement le terme "propriété", s'explique par la nécessité de renforcer la protection des intérêts. Ces droits subjectifs nouveaux ne sont en effet pas conçus sur le modèle du droit de propriété. Au contraire, dans les législations de protection de données où ils s'enracinent, ils apparaissent comme exerçant une fonction de contrepoids, rendant tolérable le surcroît de puissance que confère le traitement de données à celui qui les détient.

F. Ost³⁵ décrivant de manière magistrale ce mouvement qui mène de l'intérêt à la consécration de droits subjectifs nouveaux, sans qu'il n'y ait, entre ces notions, "rupture mais au contraire continuité". Le droit subjectif n'est qu'un "intérêt" spécifique "consacré par une reconnaissance et par une protection juridictionnelle en principe assurée"³⁶. Il se caractérise par l'"exclusivité", l'"appartenance" et la "maîtrise".

Si ces droits représentent donc la "transsubstantiation" d'intérêts dûment spécifiés, leur consécration n'est jamais absolue, le droit cédera exceptionnellement certes, lorsque l'intérêt supérieur d'un tiers s'oppose à son exercice³⁷. C'est ainsi que le droit d'accès du patient trouvera ses limites dans l'intérêt supérieur du patient ou dans l'intérêt supérieur d'un tiers³⁸.

34. L'article 1653j, de la loi hollandaise sur le "Medische behandeling overeenkomst" (*Burgerlijk Wetboek*, 7^{de} Titel B) autorise même le patient à exiger du médecin la destruction du dossier médical.

35. F. Ost, *Droit et intérêt*, vol. 2. *Entre droit et non droit. Intérêt*. Publication F.U.S.T. 1990.

36. F. Ost, *op. cit.*, p. 183. *Cfr.* en particulier, sur la continuité entre intérêt et droit subjectif les exemples repris à la note 81).

37. Même le droit de propriété pourtant qualifié d'absolu cédera devant l'intérêt supérieur d'un tiers. A ce propos, la décision récente du Conseil constitutionnel français du 19 janvier 1995 à propos de la loi du n° 95 74 du 21 janvier 1995 relative à la diversité de l'habitat. Le Conseil constitutionnel note que "le droit de disposer d'un logement décent est bien clairement reconnu comme étant un objectif constitutionnel, il probonge le principe de la dignité humaine et le renforce" (A propos de cette décision, M. PAULAT, "L'objectif

29. Ainsi, lorsque la révélation de l'information risque de nuire à la santé du patient (article 33 du Code déontologie belge) ou "lorsque la divulgation de l'information révèle un renseignement nominatif concernant un tiers" (art. 88 de la loi québécoise sur l'accès aux documents publics).

30. "Les motifs d'ordre public et d'intérêt général qui justifient l'obligation générale et absolue au secret dont sont tenus les médecins et chirurgiens à l'égard de toute personne autre que leur patient, ne sauraient être invoqués dans les rapports des mêmes praticiens avec ce dernier; en effet, les principes qui régissent lesdits rapports ont pour base essentielle la confiance mise par le malade en celui dont il sollicite les lumières et les soins; d'où il suit que le praticien s'oblige envers celui qui se confie à lui, à le renseigner aussi exactement que complètement tant sur son état qu'éventuellement sur les possibilités et les moyens d'y remédier; ainsi, à aucun égard, les médecins et chirurgiens ne peuvent se prétendre tenus d'un quelconque secret dans leurs rapports avec leurs clients relativement aux affections dont ces derniers se prétendent être atteints et au sujet desquelles ils les consultent".

Civ. Seine, 7 juin 1995. *D.*, 1995, J., 588, à propos d'une patiente qui défait de l'obligation au secret professionnel les chirurgiens qui l'avaient opérée, vis-à-vis des experts judiciaires chargés d'enquêter sur les conditions des interventions chirurgicales. Le tribunal ajoute : "cette obligation de renseigner leur client est stricte à ce point que la responsabilité du praticien se trouve engagée lorsque, faute d'avoir fourni des précisions suffisantes à un malade, il en résulte quelque dommage pour ce dernier".

31. Deux arrêts de la Cour fédérale allemande (BGH, 23 nov. 1993, N.J.W., 1983, p. 328 et s. (à leur propos, H. J. AHRENS, "Arztliche Aufzeichnungen und Patienten Information : Wegmarker des BGH", N.J.W., 1983, p. 2609 et s.) fondent explicitement le droit d'accès sur les articles 1 et 2 de la Constitution (droit à la dignité de la personne).

32. R.-O. DALCQ, *op. cit.*, p. 502. De manière plus nuancée, H. NYS, *La médecine et le droit*, Kluwer, Bruxelles, 1995, n° 1015, qui n'admet de droit d'accès que dans le cadre d'une intervention médicale, intervention pour laquelle le consentement éclairé est exigé.

33. A cet égard, le très bon article de SCHUTYSER (*Eigendomsrecht en medische dossiers*, R.W., 1989-1990, p. 3044).

12. Dans la mesure où ils traduisent une liberté fondamentale de l'individu, ils peuvent entrer en conflit avec d'autres libertés voire d'autres intérêts. Les réflexions de F. Ost invitent précisément à reconnaître cette autre "mode de production du droit" celui qualifié de "gestion des intérêts" à côté de celui qui consiste à reconnaître de nouveaux droits subjectifs ("adjudication des droits")³⁹. L'auteur insiste sur le fait que ces deux modes de production du droit peuvent coexister et que le passage de l'un à l'autre est d'autant plus évident que les droits subjectifs de protection ne sont jamais, comme nous l'avons dit, que la "transsubstantiation" d'un intérêt qui s'y cristallise.

La dernière partie de notre essai analysera précisément comment le modèle "gestion des intérêts" ou "balance des intérêts" permet à propos du secret médical et du droit d'accès de comprendre en définitive la tension lisible dans l'article L. 145.6 du Code français de santé publique entre la nécessaire protection accrue du patient et la nécessaire reconnaissance du contrôle social de la santé.

F. Rigaux rejoint la même idée. Il distingue les libertés, les droits subjectifs⁴⁰ et les intérêts protégés par un droit d'action en justice. "Les droits subjectifs, écrit-il, confèrent à leur titulaire l'appartenance maîtresse d'un objet déterminé... il appartient à la nature de ces droits de conférer à leur titulaire des prérogatives précises, accompagnées d'un droit d'exclusivité... En droit civil, les biens de la personnalité (les libertés) sont des intérêts protégés par la loi. Qu'il s'agisse de l'intégrité corporelle ou du droit de s'autodéterminer et notamment de maîtriser l'image de lui-même que le sujet révèle au public, la notion de droit subjectif est inadéquate".

Il en tire alors la conséquence suivante :

"Le seul problème qui se pose dans la société civile est de concilier les conflits d'intérêts⁴¹ qui vont surgir au moment où l'exercice par le sujet des

constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété". *D.*, 1995, p. 283 et s.)

38. *Cfr. infra*, n° 16 et déjà *supra*, n° 9 note 30.

39. F. OST, *op. cit.*, p. 170 et s. Comp. la conclusion de F. Rigaux dans son magistral ouvrage : La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité (Bruxelles, Bruylant, p. 770) :

"Les méthodes généralement suivies aujourd'hui pour protéger les biens de la personnalité entretiennent les illusions de la Begriffsjurisprudenz dans un domaine qui y est particulièrement réfractaire. Le concept juridique de vie privée ne saurait donner lieu à une application de type syllogistique permettant à un juge d'identifier par une opération purement logique la situation appréhendée par ce concept. La méthode de pondération des intérêts est la seule appropriée mais comme ce thème l'indique, loin de se prononcer sur l'étendue d'un droit subjectif, le juge pèse les intérêts respectifs des parties en présence à la lumière de l'intérêt général".

40. F. RIGAUD, *op. cit.*, p. 768.

41. Sur cette pondération d'intérêts en lieu et place du syllogisme judiciaire, lire J. VAN COMPERNOLLE, "Vers une nouvelle définition de la fonction de juge : du syllogisme à la balance d'intérêts", in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles,

attributs de sa liberté institue une relation juridique, c'est-à-dire qu'il accomplit un acte matériel qui le met en relation avec autrui et qui menace par conséquent la liberté d'autres sujets"⁴².

II. Le secret médical et le droit d'accès à l'intersection d'intérêts légitimes contraires

13. Relisant attentivement le début de l'article L. 145.6, l'ordre des préoccupations qui s'y expriment est révélateur : "Dans l'intérêt de la santé publique, aux fins de favoriser la qualité, la coordination et la continuité des soins, il est institué un dossier de soins médicaux. Ce dossier, propriété du patient..."

La finalité légale première de ce dossier est de constituer un réservoir d'informations où différents acteurs du secteur de la santé irait puiser tantôt pour assurer une meilleure qualité et continuité des soins, tantôt pour contrôler voire réduire les coûts de la santé, tantôt pour améliorer la recherche médicale. La reconnaissance de la "propriété" du dossier par le patient s'explique dans ce contexte par la nécessité de renforcer la protection des intérêts du patient, à moment même où est reconnu la légitimité d'une circulation accrue de l'information médicale.

14. Il y a donc bien à propos des données médicales reconnaissance des deux intérêts :

- celui du patient à la protection : les données médicales sont notamment l'objet de divers droits subjectifs consacrés par la législation de protection des données. Le droit a pour mission de garantir la liberté de l'autodétermination de l'individu;
- celui de l'Etat à assurer pour chaque citoyen le "droit" à la santé : s'agit alors de reconnaître le droit de l'Etat à exercer le contrôle social de

Brulyant, 1993, p. 502, n° 15; *cf.* également C. PERELMAN, *Éthique et droit*, éd. P.U.L.B., 1990, p. 582.

Pour des applications de cette balance d'intérêts, en droit public, R. ANDERSEN, "Crise juge et contentieux administratif", in J. LENOBLE, *La crise du juge*, Bruxelles, Story, 1997, p. 141; R. ANDERSEN, "Le juge de l'excès et la mise en balance des intérêts en présence", in P. GÉRARD, F. OST et in van de KERCKHOVE, *Droit et intérêts*, vol. 3 : *droit post droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1990, p. 145; O. DAURMONT et BAISSE, "Cinq années de jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux principes généraux du droit administratif", in *A.P.*, 1990, p. 275 et s.; F. DELPERÉ et V. BOUCQUÉY-REMBE, "Liberté et proportionnalité", in *Liberté et référence légale aux valeurs*, Bruylant Bruylant, 1982, p. 457 et s.; en matière de protection des données, Th. LEONARD et POUTIER, "Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives", in RIGAUD, *La vie privée, une liberté parmi d'autres ?*, Travaux de la Faculté de Droit Namur, Bruxelles, 1997, p. 232 et s.

42. F. RIGAUD, *op. cit.*, p. 768 et 769.

soins de santé, mais également, celui de l'État de promouvoir la recherche scientifique.

Ce droit-devoir de l'État procède de la reconnaissance par la Belgique comme par d'autres pays⁴³ du principe du droit et de l'égalité de tous à la santé⁴⁴. Même si la proclamation de ce "droit" de tous à la santé ne crée pas dans le chef des citoyens un droit subjectif⁴⁵, il incombe à l'État de mettre sur pied un système de nécessité sociale permettant à chacun d'accéder, dans des conditions "abordables" aux soins de santé.

Ainsi, on notera ces considérants du Conseil constitutionnel français dans sa décision du 27 juillet 1994⁴⁶ :

"Considérant que la liberté individuelle est proclamée par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme, qu'elle doit toutefois être conciliée avec les autres principes de valeur constitutionnelle; considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : "La Nation assure à l'individu (...) la protection de sa santé..."

Le secret médical lui-même apparaît comme tiraillé entre ces intérêts contradictoires, celui qu'exprime la liberté du patient et celui que réclame l'intérêt général. Comme le note S. Callens⁴⁷, "Een goed afweging van belangen voor het omgaan met medische beroepsgeheim, en in het bijzonder met zowel het individueel belang, als met het algemeen belang dat er aan ten grondslag ligt, word rekening."⁴⁸

15. Au-delà de cette tension entre la liberté du patient et l'intérêt supérieur de l'État (B), tension que stigmatise la disposition nouvelle de la loi française, il faut bien reconnaître que la jurisprudence classique avait déjà eu l'occasion de mettre en évidence à propos du droit d'accès du patient, la tension entre la liberté de ce dernier et son intérêt supérieur voire la liberté d'autrui (A).

43. En Belgique, une telle reconnaissance vient de l'approbation par le bras de l'article 11 de la loi du 11 juillet 1991 approuvant la Charte sociale Européenne adoptée à Tunis, le 18 octobre, 1991.

44. Cf. notamment, en ce sens, D. PIETERS, *De algemene beginselen - een kritische analyse*, Antwerpen, Kluwer, 1982, p. 56; P. DENIS, *Droit de la sécurité sociale*, Bruxelles, Larcier, 1986, p. 43, à propos des conséquences de l'approbation par la Belgique de la Charte sociale européenne adoptée à Tunis le 18 octobre 1991; voir l'intervention de M. VELD, in *La charte sociale européenne, dix années d'application*, Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., p. 111.

45. En ce sens, l'intervention de M. VELD, in *La charte sociale européenne, dix années d'application*, Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., p. 111; P. DENIS, *Droit de la sécurité sociale*, Bruxelles, Larcier, 1986, p. 43; D. PIETERS, "Sociale Rechten, Jureidisch Placebo", *R.B.S.S.*, 1986, p. 392.

46. *Journal Officiel* du 29 juillet 1994, p. 11.024.

47. S. CALLENS, *op. cit.*, p. 10; c'est le sens même de la thèse de l'auteur (*Goed geregeld - Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1995).

48. A propos de cette balance d'intérêts au cœur du secret médical, F. VAN NEST, "Grondslagen van het medisch beroepsgeheim", in *Medisch beroepsgeheim en overzichten*, Brugge, de Kure, 1994, p. 9, n. 6.

A. Liberté du patient v. libertés d'autrui

16. Le droit, en ce compris la déontologie médicale⁴⁹ a depuis longtemps admis que le droit de savoir du patient impliquait la médiation d'un médecin⁵⁰, au-delà que ce droit de savoir était chaque fois que la révélation de la vérité apparaissait au médecin comme plus préjudiciable que le silence ou en tout cas que la dissimulation de l'exact pronostic⁵¹.

Les législations de protection de données en ce compris la récente directive en la matière consacrent expressément cette modalité du droit d'accès⁵².

17. La reconnaissance de l'intérêt supérieur d'un tiers comme autre limite au droit d'accès nous paraît devoir être affirmée en particulier à propos des données génétiques dont la nature révèle une information non seulement à propos du patient lui-même mais également de sa famille⁵³. Cette nécessité de

49. Contrairement à la situation française où le Code de déontologie médicale a force obligatoire par décret, en Belgique, il n'a jamais été approuvé par arrêté royal et est par conséquent dépourvu de force obligatoire (Cass., 2 déc. 1993, *J.E.B.*, 1994, p. 293 et s.).

50. Chez nous, c'est l'article 13 de la loi relative à l'art de ~~soin~~ qui impose la médiation par un médecin. L'article 10, § 3 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données le rappelle :

"Les données visées à l'article 7 (les données médicales) sont communiquées à l'intéressé par l'intermédiaire du médecin choisi par lui".

L'exposé des motifs précise, par ailleurs, que le législateur a prévu que les données médicales ne seront communiquées que par l'intermédiaire d'un médecin, dans un "soutier de protection de la personne concernée elle-même" (Exposé des motifs précédant le projet ayant donné lieu à la loi du 8 décembre 1992, *doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 1990-1991, n° 1601/1, p. 17).

En outre, à la question soulevée par un membre de la Commission du Sénat sur la possibilité, pour un patient, de prendre connaissance de son dossier médical, le Ministre de la Justice a répondu qu'"il s'agit là d'un autre débat qui concerne au premier plan la déontologie médicale" (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. VANDERBERGHE, *doc. parl.*, Sénat, sess. ext. 1991-1992, n° 445/2, p. 56).

Enfin, la Commission du Sénat a, pour sa part, également souligné la nécessité d'"être attentif au problème de la clarté des données communiquées aux intéressés", en particulier à l'égard des "données médicales ou psychologiques". A cette occasion, le Ministre de la Justice a répondu qu'"en ce qui concerne les données médicales, une garantie existe : l'intervention obligatoire d'un médecin". - (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. VANDERBERGHE, *doc. parl.*, Sénat, sess. ext. 1991-1992, n° 445/2, p. 95).

51. Pour faire bref, on renverra le lecteur à l'abondante et impressionnante discussion doctrinale et déontologique, à laquelle se livre X. DROS (Le sujet de droit en son corps, *op. cit.*, n° 664 et s.), p. 468 et s.).

52. C'est particulièrement le cas en matière de données génétiques. Le *transmission* du Conseil de l'Europe (R(92)3) sur les tests et *diagnostics* génétiques prévoit qu'en cas de risque génétique grave pour d'autres membres de la famille, l'information de la personne testée sur sa santé et celle de ses proches ou enfants peut être fournie (cf. principe 9, § 2).

53. L'article 13 de la directive européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces

prendre en compte l'intérêt d'un tiers et le cas échéant de l'estimer supérieur à l'intérêt du patient témoigne du caractère non absolu du droit subjectif que constitue le droit d'accès.

B. Liberté du patient v. intérêt général

18. L'intérêt général conduit à remettre en cause partiellement du moins le secret professionnel. La loi française prêche aux présentes réflexions en témoigne. Pour faire bref, limitons-nous à deux remarques :

la première concerne l'obligation mise à charge du patient de remettre au médecin consulté son "carnet médical", sorte de résumé du dossier médical, et ce sous peine de perdre son droit au remboursement des soins de santé;

la seconde concerne la levée possible du secret professionnel à des fins de recherche médicale. Une telle levée est explicitement prévue par la loi n° 94.548 du 1^{er} juillet 1994, disposition qui trouve écho dans la directive européenne⁵⁴.

a. L'obligation de remise du carnet médical

19. Traditionnellement, la doctrine⁵⁵ n'admet de communication de données médicales d'un professionnel de la santé à un centre professionnel de la santé qu'aux conditions suivantes :

- la transmission doit poursuivre l'intérêt du malade;
- elle ne doit comprendre que les seuls renseignements strictement nécessaires;
- et s'opérer dans le cadre de la continuité des soins⁵⁶.

La loi française du 18 janvier 1994 institue le carnet médical. Ce décret n° 95-233 du 1^{er} mars 1995 en précise le contenu : "Les informations médicales utiles au suivi du patient et à la coordination des soins qui lui sont dispensés, notamment la mention des actes effectués et celle des examens et

données mentionne expressément des exceptions légales au droit d'accès lorsque ces exceptions constituent une mesure nécessaire à la sauvegarde de "la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui".

Ainsi l'article 10 § 3 de la loi belge de protection de la vie privée qui prescrit qu'en matière de données relatives à la santé, le droit d'accès de l'intéressé s'exerce "par l'intermédiaire d'un médecin choisi par lui". (cf. dans le même sens, l'article 40 de la loi française du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

54. Il s'agit de l'article 13, § 2 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 concernant la protection des individus à propos du traitement des données personnelles et de leur libre circulation.

55. Pour la doctrine belge, le lecteur se référera notamment aux écrits de NYS (*op. cit.*, p. 358 et 359, n° 924 et n° 925) et de LAMBERT (*op. cit.*, p. 122).

56. Cette limite est expressément affirmée par l'article 13 de l'arrêté royal n° 78.

traitement... sont portées sur le carnet médical par chacun des médecins dans le respect des règles déontologiques et avec l'accord du patient"⁵⁷. La présentation du carnet médical conditionne le remboursement des prestations effectuées ou pressenties⁵⁸.

20. En d'autres termes, la loi française entend conditionner le droit à bénéficier de la sécurité sociale à la transmission non des seules informations jugées nécessaires à l'intérêt du patient et à la continuité des soins mais de toutes les informations figurant sur le carnet médical. Le but est évident, éviter la "redondance des actes et prescriptions qui grèvent lourdement le budget de la santé en même temps que d'éviter les risques d'interaction médicamenteuse"⁵⁹. Ainsi, l'intérêt public rejoint l'intérêt du patient pour forcer les règles traditionnelles du secret professionnel et élargir le devoir de transmission des données médicales⁶⁰.

b. La recherche médicale

21. Quelques mois après le vote de la loi du 18 janvier qui affirmait le droit de propriété du patient sur ses données médicales, la loi n° 94.548 du 1^{er} juillet 1994 (relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé...⁶¹) autorisait une limitation supplémentaire aux règles traditionnelles du secret médical. En dehors des frontières de l'hexagone, on sait combien, chez nous, la thèse de M. Callens⁶² réclame que

57. Décret n° 95-233 du 1^{er} mars 1995 relatif au régime expérimental d'autorisation et d'équipements matériels et modifiant le Code de la santé publique, *Journal Officiel*, 4 mars 1995, p. 3447.

58. En vertu de l'article L. 161-15.1 de la loi du 18 janvier 1994 déjà citée : "La prise en charge par les organismes d'assurance maladie des actes et prestations ou présents par un médecin est subordonnée... à la production d'une attestation par ce médecin de la présentation par le patient du carnet médical."

59. Les termes entre guillemets sont extraits du décret lui-même.

60. A ce propos, on note le devoir de transmission, à charge de tous les prestataires de soins, des informations médicales vers le médecin chargé de la tenue du dossier de suivi médical. Ce devoir est certes tempéré par un "droit d'opposition" (le cas échéant du patient vis-à-vis de certaines de ces informations)" (art. R. 145-8 décret n° 95-233 déjà cité).

Les réflexions proposées ici s'appliquent également aux "cartes santé". La présentation de la carte permet au praticien qui la reçoit un accès à l'ensemble des données médicales et non aux seules informations que lui transmettrait un confrère ou le patient lui-même.

61. *Journal Officiel*, 2 juillet 1995, p. 9559. Cette loi avait été vivement souhaitée par la Commission nationale Informatique et Libertés des 1985 (Recommandation de la CNIL du 19 fév. 1995).

62. S. CALLENS, *Goed geregeld ? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*. Antwerpen, Maklu, 1995. L'auteur énonce les principes même d'une réforme législative en ce sens.

des dispositions semblables soient prises et déjà la récente directive européenne en matière de protection des données approuve ce mouvement⁶³.

De quoi s'agit-il ?

"Par dérogation à l'obligation au secret, les membres des professions de santé ont acquis le droit de transmettre les données nominatives qu'ils détiennent dans le cadre d'un traitement automatisé par la C.N.I.L. Mais pour préserver l'anonymat des patients concernés ces renseignements doivent en principe être codés dès avant leur transmission.

Exceptionnellement, en France, ne sont pas soumis à l'obligation d'un code préalable, d'une part, les traitements de données associés à des études de pharmacovigilance ou à des protocoles de recherche réalisés dans le cadre d'études coopératives nationales ou internationales, d'autre part, ceux qui mettent en oeuvre une recherche dont les particularités exigent de déroger au principe précédent. La demande d'autorisation comportera alors la justification scientifique et technique de la dérogation envisagée".

22. Notre propos n'est pas d'analyser ici le détail des prescrits de ces dispositions législatives mais d'y reconnaître la proclamation d'une liberté de recherche dont l'intérêt l'emportera parfois sur celui de la protection des libertés du patient. C. Hennau-Hublet⁶⁴ notait à propos du récent projet de convention de bioéthique du Conseil de l'Europe que ce projet connaissait au plan international une liberté que déjà certaines constitutions ont érigé au rang de droits fondamentaux⁶⁵. Que ce droit fondamental des chercheurs doive en principe respecter la dignité et la liberté des patients, voire de toute personne humaine, est évident, le principe du consentement éclairé de ce dernier est requis mais on admettra que l'impératif d'ampleur circonstancié et motivé de l'intérêt collectif poursuivi par la recherche puisse permettre

63. F. GRANET, "Le fichier sanitaire automatisé", *D.*, 1995, p. 10 et s.; cfr. également N. MAILLET-POUJOL, "La loi de 1994 relative au traitement de données nominatives ayant trait à la recherche dans le domaine de la santé : contraindre ou convaincre", *D.E.T.*, 1995, 1, p. 17 et s.

64. C. HENNAU-HUBLET, "Le projet de convention de bioéthique du Conseil de l'Europe, l'espoir d'une protection élevée des droits de l'Homme", *Rev. dr. Santé*, 1995, p. 28. L'auteur se réfère en particulier à l'article 14 du projet de Convention et au projet de rapport explicatif :

"Cette liberté a pour limite les droits fondamentaux de la personne traduits par les dispositions de la Convention et les autres dispositions juridiques qui assurent la protection de l'être humain, telles celles qui prévoient la soumission des projets de recherche à des comités d'éthique. A cet égard, il convient de rappeler que l'article premier de la Convention spécifie que celle-ci a pour objet de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité de garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et des autres droits et libertés fondamentales. Toute recherche devra par conséquent observer ces principes".

65. A cet égard, les réflexions reprises par l'auteur, *op. cit. eod. loco*.

exceptionnellement à une autorité indépendante⁶⁶ de faire pencher le fléau de la balance en faveur de la liberté de la recherche⁶⁷.

Conclusions

23. Le débat sur la "propriété" du dossier médical prend à travers ces considérations son véritable sens. Il s'agit non d'un droit d'exclure autrui mais simplement de la reconnaissance et des limites de la liberté du patient conçue comme son droit à l'autodétermination dans une société informationnelle, selon l'expression du tribunal constitutionnel allemand⁶⁸.

Reconnaissance des libertés du patient, l'affirmation de la "propriété" du dossier apparaît comme la consécration d'un droit d'accès plus total du patient aux données le concernant. Elle est également la reconnaissance du droit de celui-ci à exiger un meilleur contrôle de la circulation des informations le concernant.

Limite de ces libertés puisque la consécration symbolique du droit de "propriété" du patient sur son dossier cache mal la prise en considération toujours plus grande d'intérêts contradictoires à cette liberté du patient, celle du droit à la santé de tous qui exigera une meilleure circulation de l'information⁶⁹.

66. A cet égard, on relèvera le rôle majeur des comités d'éthique dans la régulation de la recherche médicale et plus particulièrement dans cette pesée d'intérêts. Sur les comités d'éthique, lire :

67. Dans le même sens, les conclusions de S. CALLENS, *op. cit.*, p. 5 :

"Aan het beroepsgeheim liggen dus twee belangen ten grondslag. Bij de verstrekking van medische gegevens aan derden moet met beide belangen rekening worden gehouden. Van een verstrekking van medische gegevens aan derden met de toestemming van de betrokkene kan pas sprake zijn indien ook het algemeen belang dat aan het geheim ten grondslag ligt, zich niet verzet tegen die verstrekking. Zo kan een arts zich terecht op de geheimhoudingsplicht beroepen indien hij van oordeel is dat de toestemming van de patiënt tot verstrekking van medische gegevens onder druk is gegeven. Tenslotte behaagt de derde — dit is hij die diegene gegevens inzamelt bij de behandelende arts zelf — bepaalde belangen. Zo dient de onderzoeker die gegevens wil verzamelen in het kader van een onderzoeksproject dat een substantieel belang zal hebben voor een groep patiënten, een algemeen belang. De verschillende belangen die de betrokken actori behartigen kunnen met elkaar in conflict komen. Het is de taak van het recht om die belangen met elkaar af te wegen."

68. Sous peine de perdre le droit au remboursement des soins de santé comme le prescrit le droit français. Ce prescrit est significatif. En effet, "peut-on parler de propriété du dossier dans la mesure où le patient n'a pas le choix d'en refuser sa constitution ? Il s'agit par contre de savoir comment pondérer le droit économique de l'individu à la santé et son droit à l'autodétermination.

D'où la question que pose le prescrit français : la vie privée absolue serait-elle réservée aux riches ?

69. "Liberté plutôt que droit, le *Selbstbestimmungsrecht* doit se concilier avec la liberté, également reconnue à tous les autres sujets de droit. Les droits fondamentaux sont parfois en conflit les uns avec les autres. Enfin et surtout, le *Bundesverfassungsgericht* n'a pas reconnu au droit à l'épanouissement de la personnalité une portée absolue. Chaque fois qu'elle l'estime nécessaire, la juridiction constitutionnelle a rappelé que l'individu est un

celle de la liberté de la recherche qui exigera parfois la levée du secret professionnel, celle enfin de la liberté d'autrui.

Cette prise en considération amène, nous l'avons montré, la nécessité d'opérer une balance d'intérêts. Cette balance d'intérêts autrefois pratiquée par le médecin tiraillé entre son devoir de parler et celui de se taire⁷⁰ doit aujourd'hui être le fait d'autorités indépendantes comme le comité d'éthique chargé d'arbitrer entre intérêts collectifs et intérêts privés⁷¹.

Par delà ces instances, c'est, en définitive, le rôle du droit d'arbitrer de tels conflits de libertés et d'intérêts. Sans doute, doit-on souhaiter que les libertés individuelles se voient reconnaître la première place, sans leur reconnaître cependant une priorité absolue.

personne insérée dans la société : celle-ci peut, dans l'intérêt général ou pour la préservation des droits d'autrui, imposer aux citoyens des devoirs ou des abstentions qui empêchent leur liberté naturelle".

"Comme la jurisprudence du Tribunal fédéral constitutionnel l'a mis à plusieurs reprises en évidence, la loi fondamentale résout la dichotomie individu-société en considérant la personne comme une entité liée et insérée dans la société [...]. C'est pourquoi, en principe, l'individu doit accepter des restrictions de son 'droit à l'autodétermination en matière d'information' et ce, en faveur de l'intérêt général prépondérant". (B. Verl. G., E.U.G.R.Z., 1983, 583).

70 A cet égard, la définition par la loi américaine (Fair Health Information Practice Act de 1995) des responsabilités et devoirs du médecin :

"The responsibilities and authorities for each trustee have been carefully defined to balance each individual's right to privacy and the need for confidentiality in the health treatment process against the legitimate societal needs such as public health, health research, cost constraints and law enforcement"
(P. BURENCO, *op. cit.*, p. 130).

71 A ce propos, nos remarques sur l'efflorescence de ces organes "relais" créés par la réglementation nouvelle issue du développement des technologies de l'information et de la communication (le droit de l'informatique existe-t-il ?), Droit de l'informatique - enjeux - nouvelles responsabilités, Y. POULIET et alii, Ed. Jeanne Barreau, 1993 :

"On évoque ainsi la création des autorités de protection des données, des organes de réglementation en matière de télécommunication, des commissions d'accès aux documents administratifs, des commissions dites télématiques ou de l'audiovisuel, voire des observatoires de tout genre des nouvelles technologies.

A un niveau plus décentralisé, on constate et là l'exigence légale de nommer des responsables de la protection des données nommés dans chaque entreprise et on souligne la compétence accordée aux Conseils d'entreprise lors de l'introduction de nouvelles technologies.

Définissant l'approche réglementaire souhaitable de la technologie informationnelle, le professeur Burkert parlait de "learning system", c'est-à-dire d'une solution législative qui, dans le cadre d'un cadre réglementaire, réduit à quelques principes, établit "an institution provided with competence to collect the information in the regulated area, to make ad-hoc decisions according to rather more generally formulated criteria in a law and to feed back the information collected during the execution of its tasks to society and its rule making".

Affirmant cela, je ne fais que paraphraser les conclusions de celui qui nous fait l'honneur de clore nos débats, le Révérend Père Van Neste⁷² qui assignait au droit une triple mission :

- reconnaître le droit à la privacy (recht op privacy), c'est-à-dire l'instituer comme une forme de liberté individuelle;
- protéger cette liberté (vrijheid van privacy) contre les menaces de l'extérieur;
- au-delà, ordonner (ordenen) dans le sens de limiter (beperken) cette liberté afin que l'intérêt général puissent être atteint en tenant compte de la nécessaire conciliation de cette liberté et des libertés et intérêts d'autrui.

72. F. VAN NESTE, *Hoe ethisch is het recht ? tussen ordening en vrijheid*, Anwerpen, Kluwer 1991.